

Geoorloofde maar gezondheidsbedreigende producten en diensten: een rechtseconomische visie op regulering en aansprakelijkheid

Citation for published version (APA):

Visscher, L. T., Faure, M., & Weber, F. (2018). Geoorloofde maar gezondheidsbedreigende producten en diensten: een rechtseconomische visie op regulering en aansprakelijkheid. *Aansprakelijkheid verzekering en schade*, (4), 86-91. [2018/18]. <http://deeplinking.kluwer.nl/?param=00D09126&cpid=WKNL-LTR-Nav2>

Document status and date:

Published: 01/01/2018

Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

Document license:

Taverne

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

Geoorloofde maar gezondheidsbedreigende producten en diensten: een rechtseconomische visie op regulering en aansprakelijkheid

Prof. mr. dr. L.T. Visscher, prof. dr. M. Faure & jun. prof. dr. F. Weber, datum 30-07-2018

Datum

30-07-2018

Auteur

Prof. mr. dr. L.T. Visscher, prof. dr. M. Faure & jun. prof. dr. F. Weber¹

Folio weergave

[Download gedrukte versie \(PDF\)](#)

Vakgebied(en)

Verbintenissenrecht (V)

Verbintenissenrecht / Aansprakelijkheid

Verzekeringsrecht (V)

Verbintenissenrecht / Algemeen

Bij het probleem van geoorloofde maar gezondheidsbedreigende goederen en diensten heeft regulering een aantal voordelen ten opzichte van aansprakelijkheid: een mogelijke informatievoorsprong van de overheid, schaalvoordelen bij het doen van onderzoek, ongevoeligheid voor insolventieproblemen, en het probleem van rationele apathie aan de kant van gelaedeerden. Aansprakelijkheid kan een belangrijke aanvullende rol vervullen, omdat de overheid niet altijd de beste informatie heeft, de regulering niet steeds goed bij de omstandigheden van het geval past, en belangengroepen regulering kunnen beïnvloeden. Binnen het aansprakelijkheidsrecht heeft risicoaansprakelijkheid de voorkeur, alhoewel ook schuldansprakelijkheid bestaansrecht heeft. Een 'smart mix' van regulering en aansprakelijkheid ondervangt de zwakke punten van het ene instrument door de sterke punten van het andere.

1. Inleiding

Producten en diensten die juridisch geoorloofd zijn, kunnen niettemin schade veroorzaken. In deze bijdrage onderzoeken wij vanuit rechtseconomisch perspectief de onderlinge verhouding tussen regulering en aansprakelijkheid bij dit onderwerp. We beargumenteren hiertoe eerst in paragraaf 2 in het kort dat ingrijpen via het recht noodzakelijk is om de doelen van preventie en schadespreiding te bereiken. Daarna bespreken we in paragraaf 3 de relatieve voor- en nadelen van regulering en aansprakelijkheid. In paragraaf 4 gaan we dieper in op het aansprakelijkheidsrecht. In paragraaf 5 komen we tot onze conclusies.

2. Waarom juridisch ingrijpen nodig is

Rechtseconomen bestuderen het recht als instrument om de maatschappelijke welvaart (waarin niet alleen financiële, maar ook niet-financiële factoren meewegen) te verhogen. In de ideaaltypische marktform van volkomen concurrentie bestaan er oneindig veel vragers en aanbieders, is er volledige informatie, kan men kosteloos met elkaar onderhandelen et cetera. In zo'n wereld is de welvaart maximaal, omdat goederen en diensten alleen worden geproduceerd als de baten ervan groter zijn dan alle kosten en de goederen en diensten terechtkomen bij degene die ze het meeste waard vindt. De marktuitsluiting is dus perfect.

De werkelijkheid wijkt af van dit ideaaltipe. Deze afwijkingen heten 'marktfalen' en zij vormen redenen waarom het recht ingrijpt in de vrije marktwerking. Zo zal er in werkelijkheid geen volledige informatie bestaan, maar is er veeleer sprake van informatie-asymmetrie, waardoor de producent wellicht meer weet over de kosten en baten van het product dan de consument en de laatste dus producten zou kunnen aanschaffen die zijn welvaart helemaal niet verhogen. Ook kunnen activiteiten kosten voor anderen veroorzaken, waar de producent en/of de consument niet voor opdraaien (denk aan vervuiling, maar ook aan productrisico's). Vanwege zulke 'negatieve externe effecten' zijn niet alle maatschappelijke kosten van de activiteit in de prijs verwerkt en is deze dus goedkoper dan maatschappelijk wenselijk is. Het activiteitsniveau kan hierdoor te hoog zijn, omdat de actor alleen rekening houdt met de eigen kosten en baten, en niet met die voor derden. Ook kan het zo zijn dat de actor te weinig voorzorgsmaatregelen treft die de schade kunnen voorkomen, omdat hij zelf de kosten van die maatregelen draagt, maar een ander er van profiteert.

Het recht kan ervoor zorgen dat de actor wel rekening houdt met het negatieve externe effect (dus het externe effect

internaliseert). Accijnzen kunnen onwenselijke activiteiten duurder maken, regulering kan precies voorschrijven welke maatregelen moeten worden getroffen en aansprakelijkheid kan een schadeveroorzaker met de gevolgen van zijn gedrag confronteren.

Veel activiteiten, waaronder productie van goederen en diensten, brengen zowel maatschappelijke kosten als baten met zich mee (bijvoorbeeld werkzame medicijnen die ook bijwerkingen hebben, of gemotoriseerd verkeer dat naast veel voordelen ook schade en risico's meebrengt). Het enkele feit dat een activiteit schade veroorzaakt, maakt deze nog niet onwenselijk. Alleen als de totale maatschappelijke kosten van een activiteit altijd hoger zijn dan de totale maatschappelijke baten, dan is deze activiteit per definitie onwenselijk en zou tegengegaan moeten worden. Strafbare feiten zijn hier een goed voorbeeld van. Als de baten echter *hoger* zijn dan de kosten, dan is de activiteit in beginsel wenselijk. Wel is het van belang dat de actor die de activiteit uitoefent, rekening houdt met de veroorzaakte externe effecten, omdat er anders een foutief zorg- en activiteitsniveau wordt gekozen.

Doordat actoren geprikkeld worden hun zorg- en activiteitsniveau te verbeteren, wordt schade vermeden. Dit is het preventiedoel. Niet alle schade wordt vermeden, omdat dat te duur is. Het – secundaire – doel is dan om de schade die wel ontstaat, over een grotere groep te spreiden. Gespreide schade drukt namelijk minder zwaar op de maatschappelijke welvaart, omdat alle betrokkenen dan slechts een klein bedrag verliezen, waardoor dit alleen ten koste gaat van hun minst belangrijke behoeften. Bij geconcentreerde schade lijden een of enkele actoren elk een grotere schade, waardoor ook hun belangrijker behoeften in gevaar komen.^[2]

3. Regulering of aansprakelijkheid?

3.1 Public interest benadering: regulering als uitgangspunt

Rechtseconoom Steven Shavell formuleerde een theorie betreffende de vraag of risico's beter door veiligheidsregulering of door aansprakelijkheid kunnen worden aangepakt.^[3] Bij regulering legt *de overheid ex ante* meer of minder gedetailleerd vast hoe actoren zich moeten gedragen en wordt de naleving via ex ante monitoring en ex post sancties afgedwongen. Bij aansprakelijkheid start *de gelaedeerde ex post* een schadevergoedingsactie, waardoor de laedens met de veroorzaakte kosten wordt geconfronteerd, of hij start een verbodsactie om (dreigende) schade tegen te gaan.

Shavell ontwikkelde vier criteria die de keuze tussen regulering en aansprakelijkheid bepalen. Hierbij is de aanname (die wij straks zullen loslaten) dat de regulering het algemeen belang probeert te dienen door de juiste zorg- en activiteitenprikkel te geven. De vier criteria zijn:

1. *Beschikbare informatie*: als de overheid betere informatie heeft over kosten en baten van voorzorgsmaatregelen, mogelijke risico's et cetera dan private partijen, dan geeft regulering betere prikkels. Overheden kunnen schaalvoordelen hebben, zodat ze grootschalig onderzoek kunnen doen en de resultaten via regulering aan private partijen en rechters kunnen doorgeven, hetgeen goedkoper is dan opeenvolgende individuele onderzoeken en betere informatie kan opleveren. Ook bestaat de kans dat private partijen zelf geen kostbaar onderzoek willen doen als anderen van de resultaten van dat onderzoek kunnen profiteren. Ze wachten liever af of iemand anders het onderzoek doet, waarop ze dan kunnen meeliften.
2. *Insolventie*: als actoren te weinig financiële middelen hebben om de door hen veroorzaakte schade te vergoeden, dan geeft aansprakelijkheid onvoldoende prikkels. De schadeveroorzaker houdt dan geen rekening met de gehele mogelijke schade, want die kan hij toch niet betalen. De verwachte aansprakelijkheid is lager dan de verwachte schade, zodat de gedragsprikkel onvoldoende zijn.^[4] Bij regulering daarentegen kan de overheid bepaalde voorzorgsmaatregelen verplichten en de naleving handhaven.^[5] Daarbij zijn ook niet-financiële sancties zoals het intrekken van een vergunning of het sluiten van een fabriek mogelijk, waarvan de afschrikkende werking niet onder insolventie lijdt.
3. *Rationele apathie*: als gelaedeerden geen aansprakelijkheidszaak beginnen, dan geeft het aansprakelijkheidsrecht geen gedragsprikkel. Er zijn verschillende redenen waarom gelaedeerden geen rechtszaak beginnen, bijvoorbeeld omdat de kosten daarvan te hoog zijn in vergelijking met de mogelijke opbrengst (dit probleem speelt vooral bij strooischade),^[6] of omdat ze bang zijn dat ze onrechtmatigheid en/of causaliteit niet kunnen bewijzen.
4. *Systeemkosten*: het aansprakelijkheidsrecht is relatief goedkoop, omdat het alleen hoeft te worden toegepast als er schade ontstaan is of dreigt, en er een vordering wordt ingesteld. Regulering brengt ook kosten mee (uitvaardiging, controle op naleving) in gevallen waarin er helemaal geen normoverschrijving plaatsvindt.^[7]

Als we bovenstaande criteria toepassen op gezondheidsbedreigende producten en diensten, dan heeft regulering de betere kaarten: (1) de schaalvoordelen van overheidsonderzoek wegen met name zwaar als bedrijven geen informatievoorsprong hebben (hier kan een verschil bestaan tussen multinationals met eigen R&D-afdelingen enerzijds en het MKB anderzijds) en als rechters evenmin over de benodigde informatie beschikken om de zorgvuldigheidsnorm mee te concretiseren, hetgeen bij gespecialiseerde productieprocessen aannemelijk is; (2) het insolventierisico is reëel, zeker bij massaproductie waar veel schade kan ontstaan, bij het MKB waar het vermogen relatief beperkt is, en vanwege de rechtsvormen met beperkte

aansprakelijkheid;^[9] (3) rationele apathie is bij consumenten niet denkbeeldig, omdat het om strooischade kan gaan maar ook omdat het moeilijk of onmogelijk kan zijn de verantwoordelijke producent aan te spreken, zeker als de schade zich pas na jaren manifesteert, zoals bij sluipende gezondheidsschade het geval is. Alleen de systeemkosten wijzen in de richting van het aansprakelijkheidsrecht, maar vanwege de drie besproken voordelen van regulering menen wij dat het primaat daar moet liggen.

3.2 Private interest benadering: aanvullende rol van aansprakelijkheid

Ondanks deze voorkeur voor regulering zijn er verschillende redenen waarom aansprakelijkheid een belangrijke aanvullende rol kan spelen. Ten eerste heeft de overheid niet altijd betere informatie dan de industrie. Vooral bij gecompliceerde, technische, specialistische productieprocessen kan het informatievoordeel bij de industrie liggen, zeker bij grote multinationals (denk aan de chemische en farmaceutische industrie). Het gevaar bestaat dan dat regulering verkeerde eisen stelt, zodat mogelijke aansprakelijkheid aanvullende prikkels kan geven.

Ten tweede kunnen sinds de uitvaardiging van de regulering maatschappelijke en technologische veranderingen hebben plaatsgevonden die de kosten en baten van de activiteit beïnvloeden, zodat de regulering achterhaald is. Het aansprakelijkheidsrecht kan sneller op zulke veranderingen inspelen vanwege de ongeschreven normen en kan dus een andere kosten-batenafweging maken.

Een derde reden is dat de overheid accijnzen heft op bepaalde activiteiten. Als regulering bepaalde belaste activiteiten verbiedt of succesvol ontmoedigt, zou de belastingopbrengst in gevaar kunnen komen. Om dit te voorkomen, kan de regulering te soepel zijn.

De laatste reden waarom aansprakelijkheid nodig is ter aanvulling op regulering bespreken we in wat meer detail. Shavell nam aan dat regulering gebaseerd is op het algemeen belang, dus op *public interest* overwegingen. De theorie van de publieke besluitvorming (*public choice*) vraagt echter aandacht voor de mogelijke invloed van *private interests*.

Belangengroepen kunnen proberen de regulering in het eigen voordeel te beïnvloeden en naarmate hun lobby succesvoller is, kan de regulering meer hun private belang dienen dan het algemene belang.

Zulke 'capture' kan bijvoorbeeld plaatsvinden doordat een overheid voor het reguleren van een activiteit informatie van de industrie nodig heeft, waarbij die industrie gekleurde informatie verschaft om zo gunstig mogelijke regulering te krijgen.

Lobbyen kan niet alleen invloed hebben op de inhoud van de regulering zelf, maar ook op de wijze van controle op naleving van de regulering. De recente beslissing van het RIVM en de NVWA om zich terug te trekken uit de normcommissie voor tabak was mede gebaseerd op de grote invloed van de tabaksindustrie in deze commissies. Ook kan een bepaalde industrie belangrijk zijn voor de werkgelegenheid in een regio. Aangezien de werknemers tevens kiesgerechtigden zijn, kunnen regelgevers die afhankelijk zijn van verkiezingsresultaten ontvankelijk zijn voor de belangen van de betreffende industrieën, die kunnen betogen dat strenge regulering de werkgelegenheid in gevaar brengt. De tabaks- en auto-industrie, en in Amerika de wapenindustrie, zijn voorbeelden van dit soort situaties.

Naarmate het minder kostbaar is voor een belangengroep om zich te organiseren en naarmate de informatiekosten voor het publiek hoger zijn, zal een belangengroep succesvoller zijn.^[10] De industrie is daardoor vaak succesvoller dan 'de consumenten' bij het beïnvloeden van regulering. Als NGO's of consumentengroepen echter het belang van potentiële slachtoffers vertegenwoordigen, zodat er tegenwicht wordt geboden tegen de industriële lobby, dan kan de regulering toch het algemeen belang dienen.^[10] Empirisch onderzoek laat echter zien dat door de lobby van bedrijven die gezondheidsbedreigende producten of diensten aanbieden, effectieve regulering vaak achterwege blijft.^[11]

De conclusie van het bovenstaande is dat regulering niet altijd het algemeen belang dient. Bepaalde activiteiten kunnen dan overeenkomstig de regulering zijn – dus geoorloofd – terwijl ze toch te lage eisen stellen aan de te treffen voorzorgsmaatregelen. Het aansprakelijkheidsrecht kan de genoemde problemen bestrijden: het kan sneller reageren op veranderende omstandigheden die de regulering achterhaald hebben, de rechter is minder ontvankelijk voor de invloed van belangengroepen dan de wetgever, en de zorgvuldigheidsnorm kan andere eisen stellen dan de regulering. Vanwege deze potentieel belangrijke aanvullende rol van aansprakelijkheid, gaan wij daar in de volgende paragraaf dieper op in.

4. Aansprakelijkheid in meer detail

4.1 Primaire rol voor risicoaansprakelijkheid

Zoals in paragraaf 2 is uitgelegd, zien rechtseconomen schadevergoeding niet als doel van het aansprakelijkheidsrecht, maar als middel om preventie en schadespreiding te bewerkstelligen.^[12] Er wordt niet gestreefd naar *minimale* schade, maar naar *optimale* schade, omdat het voorkomen van alle schade te duur is. De niet-vermeden schade wordt vervolgens gespreid, bijvoorbeeld via verzekeringen of via de prijs van product of dienst van de aansprakelijke laedens. Het enkele ontstaan van schade impliceert dus nog geen fout gedrag, want ook bij correct gedrag is er nog steeds kans op schade. Het gaat er steeds om de actor optimale gedragsprikkels te geven. Schuld- en risicoaansprakelijkheid kunnen hier beide aan bijdragen, maar ze doen dit op een andere manier.^[13] Bij risicoaansprakelijkheid is de laedens steeds aansprakelijk,

ongeacht zijn niveau van zorg. Het is dus ook *de laedens* die een afweging maakt tussen de kosten en baten van het treffen van extra voorzorgsmaatregelen, omdat hij zowel de kosten als de baten (in de zin van een lagere verwachte aansprakelijkheid) van die maatregelen draagt. Als de laedens alle relevante kosten en baten in deze afweging meeneemt, dan zal hij een optimaal zorgniveau kiezen waarbij de optelsom van zorgkosten en schade die naar verwachting toch nog zal ontstaan, minimaal is. Bij schuldaansprakelijkheid op grond van de zorgvuldigheidsnorm is het *de rechter* die de kosten en baten van zorg afweegt en op basis van die afweging vaststelt hoeveel zorg de laedens moet nemen. Als de rechter die afweging correct maakt, dan wordt de zorgvuldigheidsnorm op het optimale niveau vastgesteld en zal de laedens eveneens optimale zorg nemen (bij een lager niveau is hij aansprakelijk en dat is duurder, en bij een hoger niveau draagt hij meer zorgkosten dan noodzakelijk). Bij schuldaansprakelijkheid op grond van strijd met een wettelijke plicht heeft *de wetgever* de afweging gemaakt. Ook hier geldt dat als de wetgever die afweging juist maakt, de laedens wordt geprikkeld tot het nemen van optimale zorg. Hieruit volgt dus dat er steeds een soortgelijke afweging wordt gemaakt tussen de kosten en baten van zorg, maar dat degene die de afweging maakt, steeds verschilt: laedens (risicoaansprakelijkheid), rechter (strijd met maatschappelijke zorgvuldigheid) of wetgever (strijd met wettelijke plicht).

Er zijn diverse factoren die bepalen of schuld- dan wel risicoaansprakelijkheid beter werkt in een bepaalde situatie:

- *Informatie over kosten en baten van zorg*: naarmate degene die de kosten en baten van zorg moet afwegen betere informatie heeft, zal de gemaakte afweging dichterbij het optimum liggen.^[14] De keus tussen risicoaansprakelijkheid, zorgvuldigheidsnorm en strijd met wettelijke plicht hangt dus af van wie de afweging het beste kan maken: laedens, rechter of wetgever. Bij risicoaansprakelijkheid is wel een eigenschuldverweer nodig om zorgprikkel aan de gelaedeerde te geven.
- *Activiteitsniveau*: alleen als een activiteit meer baten dan kosten heeft, draagt deze bij aan de maatschappelijke welvaart. Alleen de actor die opdraait voor de verwachte schade, maakt de juiste keuze, omdat alleen hij *alle* kosten meeweegt. Bij risicoaansprakelijkheid is dit de laedens, maar bij schuldaansprakelijkheid de gelaedeerde (omdat de laedens aansprakelijkheid ontloopt door zich aan de norm te houden). Het is niet mogelijk om met het aansprakelijkheidsrecht beide actoren optimale activiteitenprikkel te geven: degene die de schade niet draagt, kiest een te hoog activiteitsniveau.^[15] Voor degene die de schade niet draagt, is de activiteit dus te goedkoop. Hierdoor wordt deze niet alleen te vaak uitgeoefend, maar wellicht ook te vaak gekozen in plaats van een alternatief dat maatschappelijk gezien beter was, maar voor de actor duurder is omdat hij de kosten bij dat alternatief wel draagt. Dit kan tot een onwenselijk substitutie-effect in de richting van de schadeveroorzakende activiteit leiden.
- *Dimensies van zorg*: schuldaansprakelijkheid kan alleen gedragsprikkel geven in de dimensies die waarneembaar en controleerbaar zijn. Bij risicoaansprakelijkheid is de laedens steeds aansprakelijk en krijgt derhalve prikkel in alle dimensies die hij kent, ongeacht of ze waarneembaar en controleerbaar zijn voor anderen.
- *Insolventie*: bij risicoaansprakelijkheid leidt insolventie tot lagere zorgprikkel van de laedens zodra zijn vermogen lager is dan de mogelijke schade. Bij schuldaansprakelijkheid treedt die negatieve invloed pas op als het vermogen lager is dan de zorgkosten, wat veel minder vaak zo zal zijn.^[16]
- *Schadespreiding*: bij risicoaansprakelijkheid draagt de laedens de schade, bij schuldaansprakelijkheid de gelaedeerde. Afhankelijk van wie de schade het beste kan spreiden (bijvoorbeeld via verzekeringen), geeft dit een voorkeur voor de ene of de andere regel. Hierbij is van belang dat een risicoaansprakelijke laedens die producten of diensten aanbiedt, de verwachte aansprakelijkheid kan spreiden over alle afnemers, door de prijs te verhogen.
- *Systeemkosten*: rechtszaken zijn bij schuldaansprakelijkheid complexer omdat onrechtmatigheid en toerekenbaarheid moeten worden vastgesteld, maar bij risicoaansprakelijkheid kunnen er meer zaken zijn omdat gelaedeerden minder procesrisico lopen en dus eerder een zaak durven te beginnen. Maar omdat de uitkomst van een zaak bij risicoaansprakelijkheid beter voorspelbaar is, verwachten rechtseconomen dat daar vaker (goedkopere) schikkingen bereikt worden, zodat de systeemkosten daar lager zijn.^[17]

Toegepast op gezondheidsbedreigende producten en diensten resulteren deze factoren naar onze mening in een voorkeur voor risicoaansprakelijkheid. Immers, de schade kan via de prijs van product of dienst worden gespreid over alle afnemers. Ook kan de laedens betere informatie hebben dan wetgever of rechter, zeker als het een gespecialiseerd productieproces betreft en de laedens een multinational is. Ook zijn er, vooral bij diensten, onzichtbare en oncontroleerbare zorgdimensies waar de laedens prikkel in dient te ontvangen. En de systeemkosten zijn lager. Het insolventieprobleem is weliswaar groter bij risicoaansprakelijkheid, maar dat is op een andere manier aan te pakken, bijvoorbeeld via een (verplichte) aansprakelijkheidsverzekering.^[18]

Wel is bij risicoaansprakelijkheid een eigenschuldverweer nodig om de gelaedeerde eveneens tot optimale zorg te bewegen, bijvoorbeeld het product overeenkomstig de instructies te gebruiken. Zeker in gevallen waarin de gelaedeerde de *cheapest cost avoider* is, bijvoorbeeld omdat hij relevante informatie over zichzelf heeft, moet hij geprikkeld worden die informatie te gebruiken. Iemand die een zwakke rug heeft, zou bijvoorbeeld na een bungeejump niet de aanbieder van die

dienst moeten kunnen aanspreken voor schade als gevolg van (verergerde) rugklachten; hij had die sprong gewoon niet moeten maken.

4.2 Aanvullende rol voor schuldaansprakelijkheid

Ondanks de voorkeur voor risicoaansprakelijkheid kan schuldaansprakelijkheid wel degelijk een belangrijke rol vervullen. In situaties waarin regulering een correcte afweging heeft gemaakt tussen de kosten en baten van zorg en verder ook vanwege informatievoordelen et cetera de voorkeur heeft boven het aansprakelijkheidsrecht, zal deze regulering vaak publiek worden gehandhaafd. Aansprakelijkheid op grond van 'strijd met een wettelijke plicht' maakt eveneens private handhaving mogelijk en dit kan belangrijk zijn, bijvoorbeeld vanwege lagere kosten (geen toezicht vooraf maar aansprakelijkheid achteraf) of als een lobby niet zozeer de inhoud van de regulering als wel de publieke handhaving ervan negatief beïnvloedt. In zulke gevallen is er echter geen sprake van 'geoorloofde' activiteiten, omdat de regulering is overtreden.

In gevallen waarin de regulering *niet* de juiste afweging tussen kosten en baten van zorg heeft gemaakt, heeft risicoaansprakelijkheid de voorkeur, zo bleek hierboven. Het is echter mogelijk dat een lobbygroep succesvol de invoering van risicoaansprakelijkheid tegenhoudt, zodat alleen schuldaansprakelijkheid resteert. Of als de belangengroep een limitering van de schadevergoeding bewerkstelligt, dan ontstaan vergelijkbare problemen als bij insolventie en ook dan is schuldaansprakelijkheid beter. Vanwege de veronderstelde problemen van regulering is 'strijd met een wettelijke plicht' geen goede maatstaf, maar de zorgvuldigheidsnorm wél. De rechter, die minder bevattelijk is voor belangengroepen, maakt immers een eigen afweging, die op de omstandigheden van het geval is toegespitst. Een laedens die zich aan de regulering houdt, kan dan dus toch aansprakelijk zijn.^[19] Dit geeft het signaal aan de industrie dat het niet voldoende is om (zwakke en/of verouderde) regulering na te leven, hetgeen de invloed van belangengroepen reduceert. Regulering vormt als het ware een minimum voor de gemiddelde situatie, maar als de regulering niet is toegespitst op de concrete omstandigheden en/of te lage eisen stelt, dan kan er aansprakelijkheid op grond van maatschappelijke onzorgvuldigheid ontstaan.^[20]

4.3 Aansprakelijkheid en innovatie

Aansprakelijkheid kan prikkels geven tot innovatie. Zo kan onderzoek er in resulteren dat *reeds bekende* risico's verder gereduceerd worden, omdat nieuwe voorzorgstechnieken worden ontwikkeld. Een interessante vraag is of het vanuit rechtseconomisch perspectief wenselijk is dat aanbieders van producten en diensten aansprakelijk kunnen worden gesteld voor gevaren die ten tijde van het aanbieden *nog niet bekend* waren.

De verhouding tussen aansprakelijkheid en regulering is hier wederom van belang. Immers, als het voldoen aan de bestaande regulering een verweer tegen aansprakelijkheid zou zijn, dan krijgen producenten geen prikkels om aanvullend onderzoek te doen. Als daarentegen aansprakelijkheid mogelijk is ondanks het voldoen aan de bestaande regulering, dan kunnen zulke onderzoeksprikkels wel worden verstrekt. De producent zou door zulk onderzoek immers kunnen achterhalen dat er meer risico's aan zijn product kleven dan eerst gedacht, waarvoor hij aansprakelijk kan worden gesteld. Hij kan zijn zorg- en activiteitsniveau vervolgens aan de nieuwe informatie aanpassen, hetgeen wenselijk is.^[21] Op deze manier kunnen bedrijven de 'state of the art' verder brengen en het zijn, in de woorden van Finsinger en Simon, inderdaad juist 'the firms who first collect hints, and then acquire evidence of such risks. (...) Producers first learn about development risks'.^[22] Bij risicoaansprakelijkheid zijn de private baten van onderzoek voor de producent gelijk aan de maatschappelijke baten, omdat de laedens ongeacht zijn zorgniveau steeds aansprakelijk is. Als extra onderzoek uitwijst dat de activiteit minder gevaarlijk is dan voorheen gedacht, dan kan volstaan worden met een lager zorgniveau, wat de zorgkosten reduceert. Als blijkt dat de activiteit juist gevaarlijker is dan gedacht, dan kan het zorgniveau worden verhoogd naar het niveau dat (gegeven deze nieuw ontdekte risico's) optimaal blijkt te zijn.

Als schuldaansprakelijkheid inhoudt dat de laedens aansprakelijk is als hij minder zorg neemt dan optimaal is, *gegeven de informatie die hij heeft*, dan krijgt hij onvoldoende prikkels om te innoveren. Als hij zou ontdekken dat de activiteit minder gevaarlijk is dan eerst gedacht, dan heeft het onderzoek een privaat voordeel dat even groot is als het maatschappelijke voordeel: besparen op zorgkosten die overbodig blijken te zijn. Als het onderzoek daarentegen uitwijst dat de activiteit gevaarlijker is dan gedacht, dan moet de laedens in het vervolg meer zorg nemen. Dat is een maatschappelijk voordeel omdat die zorgkosten schade zullen vermijden, maar het is een privaat nadeel voor de producent die nu hogere zorgkosten draagt. De totale private baten van onderzoek voor de producent zijn dus lager dan de maatschappelijke baten en daarom doet de producent te weinig onderzoek.

Dit probleem bestaat niet als niet wordt gekeken naar wat de laedens *wist*, maar naar wat hij *behoorde* te weten. Schuldaansprakelijkheid moet dus zo worden ingevuld dat een actor alleen aansprakelijk is als hij minder zorg neemt dan optimaal is, *gegeven een optimale informatieverzameling*. Dan zijn de private en maatschappelijke kosten namelijk weer aan elkaar gelijk, net zoals bij risicoaansprakelijkheid. Bepalend is derhalve wat de producenten *behoorden* te weten, waarbij het ontwikkelingsrisico-verweer relevant is. Rechtseconomisch bezien zou dit verweer gehonoreerd moeten worden als de kosten van het doen van onderzoek waarmee deze risico's achterhaald zouden kunnen worden, hoger zijn dan de maatschappelijke voordelen ervan in de zin van een daling van de som van zorgkosten en verwachte schade.^[23]

Een nadeel van aansprakelijkheid voor onbekende risico's is dat het innovatie ook kan belemmeren. Producenten zouden uit angst voor aansprakelijkheid kunnen besluiten geen nieuw product op de markt te brengen, maar zich vooral te richten op het (verder) beperken van de reeds bekende risico's.^[24] Dit is onwenselijk als het nieuwe product veiliger is dan het oude, maar juist wenselijk als er bij het nieuwe product te veel (nog onbekende) risico's bestonden. Of aansprakelijkheid voor onbekende risico's per saldo wenselijk is, hangt er dus van af of het belangrijker is om producten van de markt te weren die nog niet veilig genoeg zijn, of juist om de innovatie van nieuwe, betere producten niet te belemmeren. Ook hier kunnen privaatrecht en publiekrecht weer samenwerken. Peter Huber geeft het voorbeeld van fabrikanten van (wenselijke) nieuwe vaccins. Omdat zij geen verzekeraar konden vinden die de betreffende risico's wilde dekken, durfden de fabrikanten de vaccins pas op de markt te brengen toen de overheid garandeerde de kosten van eventuele schade als gevolg van nog onbekende risico's op zich te nemen.^[25]

5. Conclusies

Regulering en aansprakelijkheid bestrijden op verschillende manieren vergelijkbare problemen. Met name het onderscheid tussen ex ante en ex post instrumenten en de vraag wie de relevante actoren zijn (overheid, rechter, private partijen), zijn hierbij van belang. Door regulering op een juiste manier met aansprakelijkheid te combineren, kunnen de zwakke punten van het ene systeem worden ondervangen door de sterke punten van het andere systeem.

Voor het onderwerp van deze bijdrage is de conclusie dat regulering het uitgangspunt is, vanwege de mogelijke informatievoorsprong van de overheid, schaalvoordelen, ongevoeligheid voor insolventieproblemen, en het probleem van rationele apathie aan de kant van gelaedeerden.

Er zijn echter verschillende redenen waarom aansprakelijkheid een belangrijke aanvullende rol kan vervullen: de overheid heeft niet altijd de beste informatie, de regulering past wellicht niet goed bij de specifieke omstandigheden van een concreet geval en/of is achterhaald door maatschappelijke ontwikkelingen, en de regulering is mogelijk onder invloed van belangengroepen tot stand gekomen.

Binnen het aansprakelijkheidsrecht heeft risicoaansprakelijkheid in beginsel de voorkeur, vanwege informatievoordelen van de laedens ten opzichte van de rechter, het betere activiteitenniveau van de laedens, de zorgprikkel die ook in oncontroleerbare dimensies worden verstrekt, de schadespreiding die via de prijs van product of dienst wordt bereikt, de lagere systeemkosten, en de betere prikkels tot het doen van onderzoek naar onbekende risico's. Schuldaansprakelijkheid heeft echter ook bestaansrecht, omdat 'strijd met een wettelijke plicht' private handhaving van regulering mogelijk maakt, en omdat niet in alle situaties waar rechtseconomen risicoaansprakelijkheid prefereren, deze daadwerkelijk zal bestaan. De rechter kan in die gevallen op grond van de zorgvuldigheidsnorm een eigen afweging van de kosten en baten van voorzorgsmaatregelen maken.

Vermeden moet worden dat angst voor aansprakelijkheid wenselijke innovatie belemmert, zeker nu in de praktijk is gebleken dat er voor zulke gevallen niet steeds dekking via private verzekeringen mogelijk is. Overheidsingrijpen is dan soms nodig, bijvoorbeeld in de vorm van het op zich nemen van het risico van schade veroorzaakt door ongekende gevaren. Ook hier is dus een smart mix van private en publieke instrumenten geboden om het hoofd te bieden aan de uitdagingen die worden veroorzaakt door geoorloofde maar gezondheidsbedreigende producten en diensten.

Voetnoten

[1]

Prof. mr. dr. L.T. Visscher, Professor of Legal Economic Analysis of Tort and Damages, Rotterdam Institute of Law and Economics (RILE), Erasmus School of Law, Erasmus Universiteit Rotterdam, prof. dr. M. Faure, Professor of Comparative and International Environmental Law, Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Maastricht University; Professor of Comparative Private Law and Economics, Rotterdam Institute of Law and Economics (RILE), Erasmus School of Law, Erasmus Universiteit Rotterdam en jun. prof. dr. F. Weber, Junior Professor for Civil Law and Law and Economics, Institute of Law and Economics, Faculty of Law, Universität Hamburg. Citeerwijze: L.T. Visscher, M. Faure & F. Weber, 'Geoorloofde maar gezondheidsbedreigende producten en diensten: een rechtseconomische visie op regulering en aansprakelijkheid', *AV&S* 2018/18.

[2]

G. Calabresi, *The Costs of Accidents. A Legal and Economic Analysis*, 5e editie, New Haven, Connecticut: Yale University Press 1977; S.P. Croley & J.D. Hanson, 'The Nonpecuniary Costs of Accidents: Pain-and-Suffering Damages in Tort Law', *Harvard Law Review* (108) 1995, p. 1822.

[3]

S. Shavell, 'Liability for Harm versus Regulation of Safety', *Journal of Legal Studies* (13) 1984, p. 357-374.

[4]

Verbodsacties hebben dit probleem niet. Zie over de prikkelwerking van verbodsacties onder andere A.I. Ogus & L.T. Visscher, 'A Law and Economics Perspective on Injunctive Relief', *Maastricht Journal of European and Comparative Law* (17) 2010, p. 32.

[5]

Zie ook S. Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press 2004, p. 473.

[6]

Zie bijvoorbeeld I.N. Tzankova, *Strooischade. Een verkennend onderzoek naar een nieuw rechtsfenomeen*, Den Haag: SDU Uitgevers 2005.

[7]

Zie ook D. Wittman, 'Prior regulation versus post liability: the choice between input and output monitoring', *Journal of Legal Studies* (6) 1977, p. 207.

[8]

Zeker als risicovolle activiteiten bewust in een separate rechtspersoon worden ondergebracht, waardoor het insolventierisico *de facto* wordt gecreëerd.

[9]

M. Olson, *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press 1965.

[10]

G.S. Becker, 'A Theory of Competition among Pressure Groups for Political Influence', *Quarterly Journal of Economics* (89) 1983, p. 371.

[11]

Zie bijvoorbeeld R.F. Ruers, *Macht en tegenmacht in de Nederlandse asbestregulering*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012.

[12]

Zie bijvoorbeeld Calabresi 1977, p. 24 e.v.; D.G. Owen, 'Deterrence and Desert in Tort: A Comment', *California Law Review* (73) 1985, p. 666.

[13]

Zie bijvoorbeeld S. Shavell, 'Strict liability versus negligence', *Journal of Legal Studies* (9) 1980, p. 1-25; L.T. Visscher, *Een rechtseconomische analyse van het Nederlandse onrechtmatigedaadsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 136 e.v.; H.B. Schäfer & F. Langer-Müller, 'Strict liability versus negligence', in: M. Faure (red.), *Tort Law and Economics. Volume 1 Encyclopedia of Law and Economics. Second Edition*, Cheltenham: Edward Elgar 2009, p. 3-46.

[14]

W.M. Landes & R.A. Posner, *The Economic Structure of Tort Law*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press 1987, p. 65 e.v.; Shavell 2004, p. 18 en 188.

[15]

Zie bijvoorbeeld Shavell 1980, p. 2; Landes en Posner 1987, p. 61; R.A. Posner, *Economic Analysis of Law*, 6e editie, New York: Aspen Publishers 2003, p. 177, 178; Shavell 2004, p. 193.

[16]

Dit verschil tussen schuld- en risicoaansprakelijkheid verdwijnt als bij schuldaansprakelijkheid een causaal verband wordt vereist tussen de *onrechtmatigheid* van de gedraging en de schade. Zie H.O. Kerkmeester & L.T. Visscher, 'Causaal verband tussen onrechtmatige daad en schade: een nieuw pleidooi voor de leer Demogue-Besier', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* (99) 1999, p. 835-840; L.T. Visscher, 'Wrongfulness as a Necessary Cause of the Losses – Removing an Alleged Difference between Strict Liability and Negligence', *Economic Analysis of Law Review* (2) 2011, p. 194 e.v.

[17]

Calabresi 1977, p. 28; Shavell 2004, p. 282, 283; J.M. Barendrecht e.a., *Schadeclaims: kan het goedkoper en minder belastend? Opties om de transactiekosten van het aansprakelijkheidsrecht te verlagen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 68.

[18]

Als het insolventieprobleem te groot is, werkt aansprakelijkheid niet goed. In paragraaf 3.1 is reeds uiteengezet dat regulering in zulke gevallen beter werkt.

[19]

Zie C.D. Kolstad, T.S. Ulen & G. V. Johnson, 'Ex Post Liability for Harm vs. Ex Ante Safety Regulation: Substitutes or Complements?', *American Economic Review* (80) 1990, p. 888-901; P. Burrows, 'Combining Regulation and Legal Liability for the Control of External Costs', *International Review of Law and Economics* (19) 1999, p. 227-244.

[20]

Zie ook S. Rose-Ackerman, 'Regulation and the Law of Tort', *American Economic Review, Papers and Proceedings* (81) 1991, p. 54-58.

[21]

S. Shavell, 'Liability and the Incentive to Obtain Information about Risk', *Journal of Legal Studies* (21) 1992, p. 259-270.

[22]

J. Finsinger & J. Simon, 'An Economic Assessment of the EC Product Liability Directive and the Product Liability Law of the Federal Republic of Germany', in: M. Faure & R. Van den Bergh (red.), *Essays in Law and Economics. Corporations, Accident Prevention and Compensation for Losses*, Antwerpen: Maklu 1989, p. 196.

[23]

Zie voor een economische fundering van het ontwikkelingsrisico-verweer L.T. Visscher & H.O. Kerkmeester, 'Kenbaarheidsvereiste en gewoonte als verwerpen tegen een aansprakelijkheidsactie: een rechtseconomische benadering', *Tijdschrift voor Milieuschade en Aansprakelijkheidsrecht* (10) 1996, p. 48-57.

[24]

Zie J.W. Wade, 'On the Effect in Product Liability of Knowledge Unavailable Prior to Marketing', *New York University Law Review* (58) 1983, p. 755; P. Huber, 'Safety and the Second Best: The Hazards of Public Risk Management in the Courts', *Columbia Law Review* (85) 1985, p. 308.

[25]

Huber 1985, p. 287.